

Klagenævnet for Udbud

(Poul Gorm Nielsen, Niels Henriksen, Niels Sørensen)

J.nr.: 2009-0020361

26. marts 2010

K E N D E L S E

Einar Kornerup Jylland A/S
(advokat Jesper Petersen Bach, Århus)

mod

Ejerforeningen Parkvænget
(advokat Stig Jørgensen, Randers)

Den 23. juni 2009 iværksatte Ejerforeningen Parkvænget en begrænset licitation efter Tilbudslovens § 6, stk. 3, (lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren) vedrørende facaderenovering af bebyggelsen Parkvænget, Engboulevarden 7-53, 8900 Randers. Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Licitationsbetingelserne blev udsendt den 23. juni 2009 til følgende virksomheder:

1. E. Phil & Søn A/S
2. Eigil Rasmussen A/S
3. Einar Kornerup Jylland A/S
4. PN Erhvervsbyg A/S
5. W.O. Entreprise A/S

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 18. august 2009 havde alle fem virksomheder afgivet tilbud.

Ved brev af 3. september 2009 til Einar Kornerup Jylland A/S meddelte indklagede, Ejerforeningen Parkvænget, at man ville indgå kontrakt med PN Erhvervsbyg A/S.

Den 5. oktober 2009 indgav klageren, Einar Kornerup Jylland A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Ejerforeningen Parkvænget. Klageren fremsatte ved brev af 8. oktober 2009 anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 23. oktober 2009 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klagen har været behandlet på et møde den 8. januar 2010.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at udelukke PN Erhvervsbyg A/S fra at afgive tilbud, idet PN Erhvervsbyg A/S har haft indflydelse på dele af licitationsmaterialet og i en årrække har stået for vedligeholdelsen af Parkvænget, Engboulevarden 7-53, hvorved PN Erhvervsbyg A/S har opnået en konkurrencemæssig fordel i forhold til de andre tilbudsgivere.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at opfordre to af tilbudsgiverne til at afgive nye tilbud med andre priser på opregnede punkter uden at iværksætte forhandling i overensstemmelse med Tilbudslovens § 11, stk. 2.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8 ved ikke at tildele kontrakten vedrørende facade-renovering til klageren, uagtet klageren havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå total-entreprisekontrakten med PN Erhvervsbyg A/S.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

I licitationsbetingelserne af 3. juli 2009 er anført følgende:

»Opgaven tildeles efter tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud med følgende underkriterier;

1. Pris, der vægtes med 45 %
2. Kvalitet og funktionalitet, der vægtes med 35%
3. Logistik og tidsmæssig planlægning, der vægtes med 20%

Ad 1 - Pris

Tilbudsmaterialets omfang og form - pris

Alle poster i tilbudslisten skal udfyldes

Bedømmelse - Pris:

Ved bedømmelsen af tilbuddene, ud fra delkriteriet pris, vil der blive lagt vægt på:

- Den laveste samlede pris som anført på tilbudslisten pkt.1
- Den laveste sammenstilling af tilbudssummer som anført tilbudslistens punkt. 2

Vurderingen af underkriteriet PRIS foretages som en helhedsvurdering.

Ad 2 - Kvalitet og funktionalitet

Tilbudsmaterialets omfang og form - kvalitet og funktionalitet

Det afleverede tegningsmateriale samt de i tilbudslisten angivne produkter er grundlag for bedømmelsen.

Bedømmelse - kvalitet og funktionalitet

Ved bedømmelsen af tilbuddene, ud fra delkriteriet kvalitet og funktionalitet, vil der blive lagt vægt på:

- At der anvises løsninger, der vil fremme præcision i alle typer af samlinger og sammenstød mellem materialer.
- At forslagens udformning af klimaskærmen anviser tekniske løsninger, der er optimale i forhold til at sikre mod klimamæssige påvirkninger af bebyggelsens facader og de enkelte boliger.

Herunder at de byggetekniske løsninger sikrer en lang levetid med minimal vedligeholdelse.

- At bygningens brugere sikres funktionalitet i forhold til den daglige anvendelse af deres boliger. Her tænkes særligt på funktionaliteten af dør- og vinduespartier, i forhold til åbning, greb mv.
- Den tekniske kvalitet af de tilbudte produkter, herunder at vindues- og dørprofiler lever op til de arkitektoniske intentioner om slanke profiler.

Vurderingen af underkriteriet KVALITET OG FUNKTIONALITET foretages som en helhedsvurdering.

Ad 3 - Logistik og tid

Tilbudsmaterialets omfang og form - logistik og tid

Den afleverede tidsplan samt byggeplads- og logistikplan er grundlag for bedømmelsen. Herunder en redegørelse for hvorledes totalentreprenøren vil håndtere vinterbyggeri, særligt med henblik på at der skal udskiftes klimaskærm i beboede lejligheder

Bedømmelse - logistik og tid

Ved bedømmelsen af tilbuddene, ud fra delkriteriet logistik og tid, vil der blive lagt vægt på:

- At forslaget anviser hensigtsmæssig tilrettelæggelse af ombygningsperioden, så den enkelte beboers gener minimeres i størst muligt omfang, herunder, at tiden hvor hver enkelt lejlighed er uden lukket facade, er kortest mulig.
- Der vil blive lagt vægt på en velovervejet etageplan, hvor byggeriets enkelte etaper tager hensyn til at forkorte perioder med støjende aktiviteter mest muligt. Det vil også være et krav, at den samlede ejendom ikke er påvirket af renoveringen i hele perioden.

Vurderingen af underkriteriet LOGISTIK OG TID foretages som en helhedsvurdering.«

Vedrørende altanværn er følgende anført:

»2.25 Altanværn

Alle eksisterende altanværn nedtages og bortskaffes.

Nye altanværn udføres med translucent sikkerhedsglas, der monteres i ramme af galvaniseret stål. Det skal dokumenteres at glasset kan

anvendes som værn. Alternativt kan værnet udføres med perforeret, galvaniseret stål eller i strækmetal. Dette skal fremgå som et alternativ i tilbuddet.

Nye værn fæstner i forkant af altaner og nye indvendige beklædninger af altanerne. Det skal dokumenteres at værn og befæstigelse er af en styrke der opfylder gældende normer og myndigheds krav.

Der udføres håndlister på altanværn i galvaniseret stål Ø63 med gummibelægning. Gummibelægningen skal være af en tykkelse og kvalitet, der sikrer en lang levetid uden at forvitte og revne. Endelig belægning vælges i samråd med bygherre.

Eksisterende håndlister ved kældertrapper nedtages før efterisoleringen foretages. Det skal sikres at der i beklædningens opbygning, er vederlag for genbefæstelse af håndlisten«

Vedrørende afvanding af altaner er følgende anført:

»2.26 Afvanding fra altaner

Afløb fra altaner

På blok A demonteres alle eksisterende afløb og faldstammer fra altaner.

Der bores huller for nye faldstammer på blok A (1 pr dobbelt altan og 1 pr enkelt altan).

Der bores huller for afløb fra alle altaner på blok A. Afløb placeres på altanslidlagets dybeste punkt.

Der bores hul i skillevæg mellem dobbeltaltan for at føre afløb til faldstamme.

Faldstammer og afløb udføres minimum i Ø 50 mm stålrør. Afløb forsynes med rist med flange. Der udfræses i slidlag for at give plads til flangen. Rist fuges med egnet fugemasse.

Dette skal i tilbudslisten fremgå som en tilkøbspris«

Ved enslydende breve af 21.august 2009 skrev indklagede til klageren og til PN Erhvervsbyg A/S bl.a. således:

»Ved den afholdte licitation tirsdag den 18. august 2009 blev Deres tilbud fundet konditionsmæssigt og blandt de 2 mest fordelagtige. Notat med samme indhold er ligeledes fremsendt til den anden tilbudsgiver.

Begge tilbud er dog over det budget, som bygherren har opstillet, og derfor ønskes følgende supplerende priser oplyst:

1. Projektbeskrivelse Pkt. 2.23 Lette partier:
Fradragspris for ikke at levere radiatorer i forbindelse med udskiftning af 10 % af de indvendige brystningspartier. Det skal stadig medregnes at genmontere eksisterende radiator eller en ny som bygherreleverance.
2. Projektbeskrivelse Pkt. 2.25 Altanværn:
Fradragspris for udeladelse af gummibelægning på håndliste. Håndlisten skal herefter fremstå i overflade af galvaniseret stål.
3. Lette partier og stålrammer ved opgangsdøre:
Fradragspris for at montere nyt vinduesparti inkl. opgangsdør i samme position som eksisterende, dvs. ca. 300 mm længere inde end vist i udbudsmaterialet.

Fradragspris for ikke at etablere nyt terrazzogulv i indgang, som følge af ovenstående.

Fradragspris for at reducere stålrammens afstand fra facadebeklædningen med 300 mm som følge af ovenstående.
4. Galvaniseret stålpladebeklædning i altaner:
Fradragspris for at erstatte stålplade beklædning på væg og altanloft fra altanværn og ind til facaden med facadeplader som på den øvrige facade. Farven skal dog kunne afvige fra disse.
5. Alternative facadeplader:
Prisforskellen ved at vælge 8 mm Swiss Pearl facadeplader i stedet for de tilbudte Ivarsson Frontline Natura

Desuden ønskes der nærmere redegjort for imødegåelse af kuldebroer i forbindelse med befæstigelse af bærestål for de galvaniserede stålrammer...«

Klageren besvarede ved brev af 26. august 2009 indklagedes brev således:

»...

Ad 1) Fradragspris for leverance af 19 stk. radiatorer er 65.500,00 kr. ekskl. moms.

Ad 2) Fradragspris for gummibelægning på altanhåndliste er 81.400,00 kr. ekskl. moms.

Ad 3) Det gør ingen prismæssig forskel, hvis vi monterer vinduer og indgangsdør 300 mm længere inde.

Fradragspris for ikke at etablere nyt terrazzogulv i indgang er 8.000,00 kr. ekskl. moms.

Fradragspris for at reducere strårammerne på indgangssiden til 425mm i stedet for 725mm er 105.000,00 kr. ekskl. moms.

Ad 4) Fradragspris for at montere facadeplader på væg og altanloft fra altanværn og ind til facaden i stedet for galvaniseret stålplader er 72.330,00 kr. ekskl. moms.

Ad 5) Fradragspris ved at vælge 8 mm Swiss Pearl facadeplader er 16.000,00 kr. ekskl. moms.

Da konsollerne, jf. vores detaljetegninger D01 og D02, udelukkende er fastgjort på formuren kan der ikke opstå problemer i form af kuldebroer i den forbindelse.

Vi håber, at den ovenstående besvarelse svarer til Jeres forventninger. Vi vil gerne deltage i et afklarende møde, og i øvrigt gerne høre, hvordan forhandlingerne kommer til at foregå...«

PN Erhvervsbyg A/S besvarede ved e-mail af 27. august 2009 indklagedes brev således:

»...Besparelse i kr. excl moms

Pkt. 1

Fradragspris for ikke at levere radiatorer ifb., med 562.000 kr.
udskiftning af de 10 %
indvendige brystningspartier.

Genmontering eller montering af nye radiatorer er incl.

Pkt. 2

Fradragspris for udeladelse af gummibelægning på 798.000 kr.
håndliste, håndlisten fremstår herefter i overflade af
galv. stål

Pkt. 3

Fradragspris for at montere nye vinduespartier, inkl. 225.000 kr.
opgangsdøre i samme position som eks.

Fradragspris for ikke at etablere nyt terrazzogulv i 75.000 kr.
indgang

Fradragspris for at reducere stålrammens afstand med
ca. 300 mm ved Indgangsdøre. Baldakiner er stadig
indeholdt tilbuddet

Den tilbudte løsning er monteret på Z-profiler, dermed
er gennemgående, hvilket sikrer isolering på facade
minimal kuldebro 1.663.000 kr.

Pkt. 4

Fradragspris for at erstatte stålpladebeklædning på væg 170.000 kr.
og altanloft fra altanværn og ind til facaden med
facadeplade som øvrig facade, farven kan afvige fra
disse

Pkt. 5

Fradragspris for ydervægsplader og udhæng ændres til 659.000 kr.
facadeplade ændres til 8 mm. Ivarsson Frontline Natura

Fradragspris såfremt nyt afvandings system på altaner 300.000 kr.
udgår, og udføres jf. beskrivelse (var medregnet i første pris)

Fradragspris for vinterforanstaltninger, hvis facade 150.000 kr.
udføres som pladeløsning.

Det præciseres at kuldebro's isolering af loft er indeholdt i tilbuddet samt at der er mere isolering i vinduesbrystninger end foreskrevet i udbudsmaterialet.

...

Vi og vores team har i mange år passet ejendommen, så vi kender bygningen, og det vil glæde os utroligt meget, hvis I måtte gøre brug af vores tilbud...«

Ved brev af 3. september skrev indklagedes således til klageren:

»...

Tak for Deres tilbud på ovennævnte sag.

Idet samtlige tilbud afgivet ved licitationen d. 18. august 2009 alle oversteg det, af bygherren, opstillede budget for projektet blev I, som det økonomisk mest fordelagtige tilbud, sammen med PN Erhvervsbyg, bedt om at supplere det oprindelige tilbud med en række fradragspriser (jf. notat vedr. Fradragspriser fremsendt d. 21.08.2009).

De efterspurgte supplerende fradragspriser var os rettidigt i hænde fra både Jer og fra PN Erhvervsbyg A/S d. 27. august 2009 kl. 9.00.

Efter analyse og vurdering af tilbuddene afgivet ved licitationen d. 18. august 2009 samt de efterfølgende indhentede supplerende fradragspriser fra Jer og fra PN Erhvervsbyg kan vi oplyse, at Deres tilbud desværre ikke længere kan bedømmes til at være det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Bedømmelsen er foretaget ud fra en samlet vurdering af pris (iht. det oprindelige tilbud og de eftersendte supplerende fradragspriser) og ud fra de i udbudsmaterialet øvrigt angivne evalueringskriterier.

Til orientering kan det oplyses, at PN Erhvervsbyg opnået besparelser i forhold til oprindelig tilbudspris på samlet kr. 4.788.500,- mens Ejnar Kornerup Jylland A/S samlet kunne tilbyde besparelser i forhold til

oprindelig tilbudspris på kr. 694.334,- Det resulterer i nedenstående samlede tilbudssummer:

PN Erhvervsbyg: Tilbudspris efter besparelser: kr. 27.602.100,-

Ejnar Kornerup Jylland: Tilbudspris efter besparelser: kr. 28.561.805,-

På baggrund af ovenstående vil der blive indledt kontrahering med PN Erhvervsbyg.

Tak for den interesse De har vist bygherren og projektet. Vi håber, at de vil byde en anden gang...«

Vedrørende bedømmelse efter indklagedes modtagelse fradragspriserne er følgende bedømmelsesskema fremlagt:

»

BYDENDE	ØKONOMI				KVALITET OG FUNKTIONALITET				LOGISTIK OG TID				TOTAL	
	Samlet karakter		Vægt 45		Samlet karakter		Vægt 35 %		Samlet karakter		Vægt 20 %			
	24.08.09	03.09.09	24.08.09	03.09.09	24.08.09	03.09.09	24.08.09	03.09.09	24.08.09	03.09.09	24.08.09	03.09.09	24.08.09	03.09.09
Klager	10,0	9,0	4,5	4,1	9,0	9,0	3,6	3,6	8,0	8,0	1,6	1,6	9,7	9,3
PN Erhvervsbyg A/S	8,8	10,0	3,9	4,5	8,5	8,5	3,4	3,4	10,0	10,0	2,0	2,0	9,3	9,9

«

Forklaringer:

Erling Hansen, der er direktør hos klageren, har bl.a. forklaret, at han blev kontaktet af indklagede den 19. eller 20. august 2009. Han fik at vide, at der skulle findes besparelser, og at de ville modtage nærmere besked om dette. Han tog det som en orientering og en start på en forhandling, fordi klagerens tilbud var det økonomisk mest fordelagtige. Klageren er på et tidspunkt kommet med et overslag i forbindelse med indklagedes overvejelser om facaderenoveringen. Det, der var omfattet af licitationen, var imidlertid mere omfangsrigt. De har ikke haft andre kontakter eller drøftelser med Leif Andersen eller Søren Aahauge. Det var meget klart tilkendegivet, hvor indklagede ønskede besparelser.

Leif Andersen, arkitekt maa, Claus Bjarrum Arkitekter A/S, har afgivet følgende redegørelse:

»...

Kuben stod for udarbejdelsen af byggebudgettet, med input fra Claus Bjarrum Arkitekter.

For at få et realistisk billede af, hvad entrepriseomkostningerne ville blive, kontaktede jeg i begyndelsen af marts 2009 Annette Vinther Garbelmann hos Einar Kornerup Jylland A/S, og bad om at få et overslag over, hvad det ville koste at tage de eksisterende facadepartier, vinduer og træværn på altaner ned og bortskaffe dem; at levere og montere nye og lette facadepartier; og at levere og montere glasværn på

altaner. Jeg, sendte tegninger af ejendommen og et excel-ark- med opgørelser af areal til Annette Vinther Garbelmann, som i midten af marts 2009 vendte tilbage med en overslagspris på 17 mio. kr. + moms.

Prisen indikerede, at hele projektet ville kunne holdes inden for 45 mio. kr., som var den ramme, der ifølge Kuben var realistisk for at få ejerforeningens godkendelse.

...

Da ejerforeningen havde godkendt budgettet på 45 mio. kr. blev jeg af Kuben bedt om at udarbejde udbudsmateriale til et totalentrepriseudbud. Jeg havde undervejs 3 eller 4 projekteringsmøder

...

Jeg havde ingen møder med nogen af de entreprenører, som senere blev indbudt til licitationen. Jeg havde heller ingen telefonsamtaler eller anden kontakt med entreprenørerne, bortset fra kontakten i marts 2009 med Annette Vinther Garbelmann fra Einar Kornerup.

...

Jeg evaluerede de øvrige priser ud fra tilbuddet, sammenstilling af tilbudssummer og alternative- supplerende ydelser samt enhedspriser. Evalueringen resulterede i, at Einar Kornerup Jylland A/S havde afgivet det billigste tilbud.

...

Den samlede bedømmelse resulterede i, at jeg konkluderede, at Einar Kornerup havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og PN det næstmest økonomisk fordelagtige bud.

Fredag den 21.8.2009, kl. 10-14 afholdt jeg møde med Søren Aahauge på tegnestuen.

Her gennemgik vi vores evaluering skemaer, som udnævnte EKJ og PN til at være de 2 økonomisk mest fordelagtige tilbud.

...

Da alle tilbud imidlertid var over bygherrens budget, brugte vi en stor del af fredagens møde på at opstille budget for besparelser, som vi ville have fradragspriser på fra EKJ og PN. Evalueringskriterierne blev ikke ændret i forhold til udbudsmaterialet. Det var alene konkrete fradragspriser, som var relevante for at kunne overholde bygherrens budget.

Da det, af hensyn til en kort kontraheringsperiode, hastede at få mails sendt ud om fradragspriser til PKJ og PN blev de udfærdiget og afsendt samme dag, fredag den 21.8. kl. 17.24-17.26.

...

Den 25.8. blev jeg ringet op af direktør Erling Hansen, EKJ, der spurgte til hvem der var blevet indledt forhandlinger med, hvortil jeg oplyste, at

vi ikke havde indledt forhandlinger, men at vi havde forespurgt enslydende om fradragspriser hos PN og EKJ.

...

Jeg kunne konstatere, at EKJ blot havde betragtet anmodningen om fradragspriser som en forholdsmæssig reduktion. Derimod fremgik det af PN's fradragspriser, at de havde ændret på konstruktionen af de lette partier og stålrammerne, og dermed opnået en større besparelse. Det kunne de, fordi konstruktionerne i den færdige altanrenovering ikke var foreskrevet i udbudsmaterialet, men skulle færdigprojekteres af totalentreprenøren.

Jeg foretog herefter en samlet bedømmelse af EKJ's og PN's tilbud ud fra kriterierne i udbudsmaterialet. Den resulterede i, at PN's tilbud samlet fik forhøjet sin karakter med 0,6 (fra 9,3 til 9,9) og karakteren for EKJ's, tilbud faldt med 0,4 (fra 9,7 til 9,3).

På grundlag af evalueringen indstillede jeg PN's tilbud til bygherren som det økonomisk mest fordelagtige...«

Søren Aahauge, byggeteknisk rådgiver i Kuben Ejendomsadministration A/S, har afgivet følgende redegørelse hvoraf bl.a. fremgår følgende:

»...

...

Der blev derfor fra ejerforeningens bestyrelse fastsat en budgetramme på 45 mio. kr.

For at overholde det fastsatte rammebeløb gik jeg i samarbejde med Claus Bjarrum arkitekter i gang med, at reducere budgetterede ydelser. Leif Andresen, CBA kontaktede herunder Einar Kornerup, for at få nye overslagspriser, der kunne danne grundlag herfor.

...

Der var modtaget 5 tilbud, som jeg åbnede under overværelse af de fremmødte. Jeg konstaterede ikke hvilke tilbud der var konditions-mæssige ved licitationen, hvilket kræver en nærmere undersøgelse. Da jeg havde oplæst tilbuddene, konkluderede jeg overfor de tilstedeværende, at det umiddelbart kunne se ud som om, Kornerup var vinder, men at vi jo først skulle have gennemgået de afgivne tilbud nærmere for at kende det præcise indhold og, at de derefter ville høre nærmere fra os. Endvidere oplyste jeg, at alle bud imidlertid var højere end det budgetterede, og vi derfor skulle finde besparelser.

Tilbuddene blev efter licitationen gennemgået af Leif Andersen, som konstaterede, at kun 4 ud af de 5 tilbud var konditions-mæssige.

Beløbsmæssigt var Einar Kornerup's tilbud på 36,32 mio. ekskl. moms det laveste. Det næstlaveste tilbud var fra PN Erhvervsbyg på 39,77 mio. ekskl. moms.

...

Dagen efter licitationen, den 20. august, blev jeg kontaktet af Claus Madsen fra PN Erhvervsbyg der oplyste, at de forventede at komme med i en forhandlingsrunde og, at de mente de kunne finde besparelsesmuligheder, der ikke nødvendigvis ville give et dårligere resultat. Telefonsamtalen varede højst 5 minutter.

Straks efter samtalen kontaktede jeg Erling Hansen hos Kornerup, og fortalte om samtalen med PN Erhvervsbyg, idet jeg naturligvis ville give dem samme mulighed for, at tænke over mulige ændringer, som kunne danne grundlag for besparelser.

Jeg modtog imidlertid ingen ændringsforslag fra hverken Kornerup eller PN Erhvervsbyg.

Ved mødet med Leif Andersen fredag den 21. august 2009 gennemgik vi hans evaluering, og vi fandt en række besparelsesmuligheder, som vi skønsmæssigt lagde til grund for den foreløbige indstilling til bestyrelsen. Vi drøftede lovligheden af, at bede de to entreprenører om at prissætte besparelserne. Vi ville udelukkende have fradragspriser fra de to entreprenører, som havde givet de økonomisk mest fordelagtige tilbud; og begge fik samme muligheder for at opgøre fradragspriser. Derfor konkluderede vi, at fremgangsmåden var OK. Leif Andersen sendte herefter en skrivelse ud til både Kornerup og PN Erhvervsbyg, hvor de blev bedt om, at prissætte de konkrete besparelsesmuligheder.

PN Erhvervsbyg vendte tilbage med en løsning, som indebar besparelsespris på ca. 4,2 mio. medens Kornerup i sin løsning kun kunne reducere ca. 350.000 på de poster vi havde bedt om supplerende priser på.

...

Der har ikke været afholdt egentlige forhandlinger med nogen af parterne, men alene anmodet om prissætning af vore besparelsesforslag. Vi holdt derefter den 9. september 2009 kontraktforhandlingsmøde med PN Erhvervsbyg.

PN Erhvervsbyg har ikke haft indflydelse på udbudsmaterialet ud over, at jeg for mere end to år siden indhentede de nævnte overslagspriser fra tre forskellige entreprenører herunder PN Erhvervsbyg, til en foreløbig budgetlægning.

Det er rigtigt, at PN Erhvervsbyg tidligere har udført reparationsarbejder på ejerforeningens ejendom. ...«

Søren Aahauge har supplerende forklaret, at besparelsesforslaget drejede sig om ca. 100 radiatorer og ikke 19. Udskiftninger af gummilister drejede sig også om mange flere meter end anført i klagerens besparelsesforslag. Da de havde modtaget besparelsesforslaget fra PN Erhvervsbyg A/S, så de ikke grund til yderligere forhandlinger.

Claus Madsen, direktør i PN Erhvervsbyg A/S, har i en skriftlig redegørelse oplyst, at PN Erhvervsbyg A/S gennem en årrække løbende har udført vedligeholdelses og renoveringsarbejder på ejendommen. Det er endvidere oplyst, at PN Erhvervsbyg A/S har været Kuben behjælpelig med overslagspriser på vinduesudskiftning i 2007 og 2008. De har afleveret materiale til Søren Aahauge vedr. firmaets økonomiske og ressourcemæssige forhold inden indbydelsen fra Kuben til at afgive pris på projektet. De havde også haft kontakt til indklagede den 19. august 2009 for at sikre sig, at kriterierne blev de samme, herunder, at prisen talte 45 %. Søren Aahauge oplyste, at alle de indkomne tilbud var over bygherrens budget. Han gjorde opmærksom på, at der efter hans opfattelse var mulighed for besparelser.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at PN Erhvervsbyg A/S i kraft af, at virksomheden har haft indflydelse på dele af licitationsmaterialet og i øvrigt i en årrække har stået for vedligeholdelsen af Parkvænget, har opnået en afgørende konkurrencemæssig fordel i forhold til de andre tilbudsgivere.

Indklagede har gjort gældende, at indhøstede erfaringer fra tidligere arbejder på indklagedes ejendom indgår i PN Erhvervsbyg A/S' generelle faglige kompetence, hvilket ikke indebærer, at PN Erhvervsbyg A/S er udelukket fra at deltage i licitationen, og klageren har ikke løftet sin bevisbyrde for, at PN Erhvervsbyg A/S har haft afgørende indflydelse på licitationsmaterialet. Det fremgår udtrykkeligt af licitationsmaterialet, at der ved bedømmelsen af tilbuddene ud fra delkriterierne kvalitet og funktionalitet vil blive lagt vægt på, at tilbudsgiverne anviser tekniske løsninger. Samtlige tilbudsgivere har i kraft af, at de har modtaget enslydende materiale, haft lige muligheder for at afgive tilbud, som bl.a.

optimerede de tekniske løsninger. PN Erhvervsbyg A/S har således ikke opnået en afgørende konkurrencemæssig fordel i forhold til de øvrige tilbudsgivere, og indklagede derfor ikke har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke i forbindelse med indledning af forhandlinger med tilbudsgiverne senest ved forhandlingernes begyndelse, jf. bilag 3, tilkendegav, hvilken procedure der ville blive fulgt. Det er ligeledes anført, at der ikke har fundet forhandlinger sted

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke i forbindelse med anmodningen om specifikke fradragspriser til klageren og PN Erhvervsbyg A/S har ændret tildelingsproceduren i licitationsmaterialet, og indklagede har derfor ikke handlet i strid med Tilbudsloven § 11, stk. 2. Der har som anført af klageren ikke været forhandlet og Tilbudslovens § 11, stk. 2, kan derfor heller ikke være overtrådt.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at det kan lægges til grund, at klageren har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Tilbuddet fra PN Erhvervsbyg A/S af 27.august 2009 ikke kan tages i betragtning, idet der ikke har været forhandlet, ligesom Tilbudslovens § 11, stk. 2, ikke er overholdt.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ved vurderingen af tilbuddene har fulgt den fremgangsmåde, der er fastsat i licitationsbetingelserne. Denne vurdering førte til, at PN Erhvervsbyg A/S har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, § 8 og Tilbudslovens § 11, stk. 2. Indklagede har gjort sig skyldig i grove overtrædelser af Tilbudsloven, som kan danne grundlag for en annullation af indklagedes beslutning om at tildele totalentreprisekontrakten til PN Erhvervsbyg A/S.

Indklagede har gjort gældende, at annullation af indklagedes beslutning om at tildele totalentreprisekontrakten til PN Erhvervsbyg A/S alene kan ske, når der foreligger grov overtrædelse af væsentlige regler i Tilbudsloven. Annullation kan endvidere alene ske, når klage er indgivet kort tid efter beslutningen og med samtidig begæring om opsættende virkning. Klageren har først den 5. oktober 2009 indgivet klage og har ikke fremsat begæring om opsættende virkning samtidig med klagens indgivelse den 5. oktober 2009, men først den 8. oktober 2009.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

PN Erhvervsbyg A/S har som oplyst deltaget i besigtigelsen af ejendommen i forbindelse med forundersøgelsen af ejendommens facader og er sammen med andre entreprenører fremkommet med overslag vedrørende dele af projektet. Der er dog ikke noget, der indikerer, at PN Erhvervsbyg A/S herved har fået en konkurrencemæssig fordel, eller at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Tilbudslovens § 2, stk. 3, samt § 3, stk. 1.

Det forhold, at PN Erhvervsbyg A/S har deltaget i vedligeholdelsen af ejendommen, kan heller ikke medføre, at PN Erhvervsbyg A/S er afskåret fra at afgive tilbud på projektet.

Påstanden tages ikke til følge

Ad påstand 2

Det følger af Tilbudslovens § 10, at når kriteriet for tildelingen er »laveste pris« kan der forhandles med den, der har afgivet det laveste tilbud.

Når kriteriet for tildelingen af ordren er »det økonomisk mest fordelagtige« tilbud, kan udbyderen efter Tilbudslovens § 11 forhandle med tre tilbudsgivere eller færre, som ved licitationen har afgivet de økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra vægtede eller prioriterede underkriterier.

Efter Tilbudslovens § 11, stk. 2 kræves det, at når udbyderen vælger at forhandle, skal han senest ved forhandlingernes påbegyndelse over for de udvalgte tilbudsgivere, som udbyderen forbeholder sig at forhandle med, tilkendegive, hvilken procedure der vil blive fulgt, hvis det ikke fremgår af udbudsbetingelserne.

I denne sag må indklagedes henvendelse til klageren og PN Erhvervsbyg A/S i skrivelse af 21. august 2009 med opfordring til, at de to tilbudsgivere skulle fremkomme med forslag til besparelser, anses som en indledning til forhandling. Indklagede har ikke ved indledningen af forhandlingerne tilkendegivet, hvilken procedure der ville blive fulgt. Indklagede har derfor handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at opfordre to af tilbudsgiverne til at afgive nye tilbud med andre priser på opregnede punkter uden at iværksætte forhandling i overensstemmelse med Tilbudslovens § 11, stk. 2.

Påstanden tages derfor til følge

Ad påstand 3

Efter det anførte under påstand 2 har indklagede ikke opfyldt betingelserne for at kunne forhandle med klageren og PN Erhvervsbyg. De fremsendte tilbud med besparelser kunne derfor ikke tages i betragtning. Klagerens tilbud, som blev afgivet ved licitationen, var herefter det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Indklagede har derfor handlet i strid med Tilbudslovens § 8 ved ikke at tildele ordren til klageren.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 4

Det følger af det anførte under påstand 2 og 3, at påstanden om annulation af indklagedes beslutning om at tildele totalentreprisekontrakten til PN Erhvervsbyg A/S tages til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at opfordre to af tilbudsgiverne til at afgive nye tilbud med andre priser på opregnede punkter uden at iværksætte forhandling i overensstemmelse med Tilbudslovens § 11, stk. 2.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8 ved ikke at tildele kontrakten vedrørende facaderenovering til klageren, uagtet klageren havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Indklagedes beslutning af 3. september 2009 om at indgå kontrakt med PN Erhvervsbyg A/S annulleres.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1.

Indklagede, Ejerforeningen Parkvænget, skal i sagsomkostninger til klageren, Einar Kornerup Jylland A/S, betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Poul Gorm Nielsen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig